



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/050/18 ECOIMSA/GTMA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 26 de julio de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/050/18 ECOIMSA/GTMA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por ECOLÓGICA IBÉRICA Y MEDITERRÁNEA S.A. (**ECOIMSA**) y GRUPO TRADEBE MEDIO AMBIENTE S.L. (**GTMA**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2018, de incoación de expediente sancionador S/DC/0628/18- Residuos 2.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 8 de enero de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución en el marco del expediente S/0429/12 Residuos, por la que sancionó entre otras empresas, a ECOIMSA y GTMA con una multa de 597.111 euros por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC 1989**) y del artículo 1 de la LDC.
2. Contra la anterior resolución, ECOIMSA y GTMA interpusieron recurso contencioso-administrativo, siendo estimado por sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017, que anula la resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y la sanción impuesta a las recurrentes.

3. Con fecha 19 de abril de 2018, la Dirección de Competencia (**DC**) remitió a 51 entidades del sector de la gestión de residuos y saneamiento urbano, entre las que se encuentra ECOIMSA y GTMA la notificación del acuerdo de incoación del expediente S/DC/0628/18, adoptado por la DC el 18 de abril de 2018.

La incoación del citado expediente sancionador se ha producido por la existencia de indicios de una posible infracción por parte de estas empresas del artículo 1 de la LDC y del artículo 1 de la LDC 1989 consistente en (i) acuerdos y prácticas concertadas tendentes a repartos de clientes públicos y privados, y de actividades, y a fijación de condiciones comerciales, así como (ii) decisiones o recomendaciones colectivas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia. Estas prácticas habrían tenido lugar en relación con actividades de gestión de residuos industriales, recuperación de papel y cartón, y de saneamiento urbano en varias comunidades autónomas y en el conjunto del territorio nacional.
4. Con fecha 7 de mayo de 2018, tuvo entrada en la CNMC, escrito de ECOIMSA y GTMA, al amparo del artículo 47 de la LDC, en el que solicitan se dicte resolución por la que se anule y se deje sin efecto el Acuerdo de la DC de 18 de abril de 2018.
5. Con fecha 10 de mayo de 2018, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
6. Con fecha 11 de mayo de 2018, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe la DC considera que no procede admitir a trámite el recurso de ECOIMSA y GTMA, en la medida que el acto recurrido no tiene, ni siquiera a título potencial, aptitud para generar indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes.
7. Con fecha 22 de mayo de 2018, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de ECOIMSA y GTMA, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
8. Con fecha 13 de junio de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de ECOIMSA y GTMA al informe de la DC de 11 de mayo de 2018.
9. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 de julio de 2018.
10. Son interesadas en este expediente ECOLÓGICA IBÉRICA Y MEDITERRÁNEA, S.A. y GRUPO TRADEBE MEDIO AMBIENTE, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de 18 de abril de 2018 por el que se incoa el expediente S/DC/0628/18 Residuos 2.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

En su recurso, ECOIMSA y GTMA solicitan al Consejo de la CNMC que dicte resolución por la que se anule y se deje sin efecto el acuerdo de la DC de 18 de abril de 2018, fundamentando su recurso en los motivos que se exponen seguidamente.

En primer lugar, las recurrentes sostienen que el acuerdo de incoación vulnera el principio *non bis in idem* en la medida en que se estaría juzgando y sancionando a las mismas empresas, por los mismos hechos y por el mismo fundamento jurídico que en el expediente S/0429/12.

Sobre la base del artículo 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ECOIMSA y GTMA señalan que el principio *non bis in idem* sería aplicable al procedimiento administrativo sancionador y, consecuentemente, a los procedimientos llevados a cabo por la CNMC.

Además, las recurrentes consideran que se produce el requisito adicional exigido por la jurisprudencia cual es la existencia sobre esta misma conducta del efecto de cosa juzgada, que impide el inicio de un nuevo procedimiento –tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito judicial- en relación con los mismos hechos, sujetos y bien jurídico protegido.

ECOIMSA y GTMA alegan que la revisión de la resolución de la CNMC llevada a cabo por la sentencia de la Audiencia Nacional no fue estrictamente formal o procedimental, sino que tuvo carácter manifiestamente sustantivo o material y que la consecuencia de todo ello es que el acuerdo de incoación, en la medida en que da inicio al segundo expediente, que tiene por objeto la investigación de los mismos hechos, contra los mismos sujetos y por la misma infracción por la que se les investigó y sancionó en el primer expediente, y de la que ECOIMSA y GTMA fueron declaradas no responsables, infringe el principio de *non bis in idem*, produciendo a las empresas un perjuicio irreparable a sus derechos o intereses legítimos en el sentido del artículo 47 de la LDC.

Por otro lado, ECOIMSA y GTMA argumentan que el acuerdo de incoación prejuzga el resultado final del segundo expediente y, por ello, vulnera el derecho a la presunción de inocencia, así como también el derecho a un procedimiento con todas las garantías, y por tanto su derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, las partes señalan que las vulneraciones anteriores se derivan de la comunicación pública por la CNMC de la adopción del acuerdo de incoación recurrido, mediante una nota de prensa en la que se informó de la intención de la CNMC de sancionar a ECOIMSA y GTMA, lo que supone considerarlas responsables de la infracción que se investiga, contaminando muy gravemente la imparcialidad de la CNMC en la investigación y resolución del expediente.

En su informe de 11 de mayo de 2018, la DC propone la no admisión del recurso, en la medida que el acto recurrido no tiene, ni siquiera a título potencial, aptitud para generar indefensión o perjuicios irreparables a las recurrentes.

La DC argumenta en su informe que el acuerdo de incoación es un acto de trámite no cualificado ante el que no cabe recurso por no cumplir los requisitos del artículo 112, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Además, el acuerdo de incoación tampoco sería recurrible en el sentido del artículo 47 de la LDC ya que no produce indefensión ni perjuicio irreparable.

La DC indica que el acuerdo de incoación al iniciar formalmente la tramitación del expediente S/DC/0628/18 garantiza a ECOIMSA y GTMA la defensa de sus derechos e intereses legítimos y no es susceptible de causar perjuicios irreparables, ni siquiera a nivel potencial, dado que no presupone el sentido de la decisión final que pueda adoptar la CNMC, y no tiene efectos directos significativos sobre derechos o intereses legítimos de ECOIMSA y GTMA.

Con respecto a la vulneración del principio de *non bis in idem*, la DC sostiene que no va a existir identidad de fundamento jurídico, en la medida en que en el expediente S/0429/12 se sancionó una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, mientras que en el expediente S/0628/18 se va a investigar la posible existencia de múltiples acuerdos o conductos concertadas o anticompetitivas, que individualmente podrían ser contrarios al artículo 1 de la LDC.

Para la DC no cabe admitir que la sentencia de Audiencia Nacional produzca efecto de cosa juzgada, imposibilitando un nuevo examen de los hechos, en la medida en que las sentencias no indican que los hechos acreditados en el marco del expediente S/0429/12 sean compatibles con la LDC, sino que simplemente considera que no se ha acreditado la calificación jurídica de infracción única y continuada que la CNMC dio a esos hechos.

Por último, la DC señala que la interpretación que ECOIMSA y GTMA hacen de la nota de prensa es una interpretación totalmente sesgada y parcial, y que no cabe sostener que la CNMC considera que las empresas incoadas sean responsables de la infracción que se investiga, y que al contrario, será en el marco del expediente S/DC/0628/18 donde se acrediten las conductas investigadas, se determine la calificación jurídica de las mismas teniendo en cuenta la sentencia de la Audiencia Nacional y, en su caso, se acredite la posible responsabilidad de ECOIMSA y GTMA respecto a dichas conductas. Todo ello, previo cumplimiento de los trámites previstos en el procedimiento sancionador regulado en la LDC que garantiza la salvaguardia de los derechos de defensa y de la presunción de inocencia de las recurrentes.

En sus alegaciones de 13 de junio de 2018, ECOIMSA y GTMA reiteran los argumentos expuestos en su escrito de recurso.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por ECOIMSA y GTMA supone verificar si el acuerdo de la DC de 18 de abril de 2018 de incoación de expediente sancionador S/DC/0628/18 Residuos 2, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

Por ello, para el Tribunal Supremo "*tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados*".

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, la Sala debe evaluar si el acto recurrido por ECOIMSA y GTMA —es decir, el acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2018, por el que se acuerda la incoación del expediente S/DC/0628/18 Residuos 2- es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes.

I.-Ausencia de Indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, es necesario traer a colación la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas su Sentencia de 7 de febrero de 2007, en la que se declara que: "*tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE sólo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador*", matizando que "*esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite*".

En esta línea, la Audiencia Nacional (entre otras en la sentencia de 4 de marzo de 2011) ha señalado que los actos administrativos de incoación de procedimiento sancionador son actos de trámite que no prejuzgan los ulteriores, y en cuanto tales, no son susceptibles de recurso independiente, salvo que concurren circunstancias especiales,

y todo ello sin perjuicio de las alegaciones que el interesado pueda oponer en caso de que impugne el acto que ponga fin a dicho expediente sancionador.

Así resulta del artículo 112 de la Ley 39/2015, que indica:

“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos deciden directa o indirectamente del fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponer los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquier de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.”

En el presente caso, no concurre ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 112 de la Ley 39/2015, pues el acto de incoación examinado no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, sino que por el contrario, lo inicia o pone en marcha, conforme a lo previsto en los artículos 49 y siguientes de la LDC, que otorga a la parte oportunidad de alegación y prueba, ni –en fin- causa un perjuicio irreparable, como se verá a continuación, pues no adopta medidas cautelares de clase alguna, sino que se limita a acordar el inicio del procedimiento, a la designación de instructor y secretario y a la incorporación al expediente de todo lo actuado en el marco del expediente S/0429/12.

Por todo lo anteriormente expuesto, la consideración de un acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador como acto de trámite que no es susceptible de recurso independiente es constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ha sido mantenida, entre otras, en sentencias de 25 de mayo de 1999 y 6 de octubre de 2009.

En todo caso, esta Sala considera que no cabe apreciar que la actuación de la DC haya causado indefensión de las recurrentes. En este sentido, en su escrito de recurso, la representación procesal de ECOIMSA y GTMA concluye la existencia de indefensión sobre la base de la nota de prensa publicada por la CNMC el 3 de mayo de 2018. Así, ECOIMSA y GTMA afirman que el acuerdo de incoación prejuzga el resultado final del procedimiento, vulnerando el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un procedimiento con todas las garantías, porque la citada nota de prensa contenía la expresión de que *“se sancionará (...)”*.

A este respecto, esta Sala descarta que la nota de prensa sea un indicio de parcialidad de la CNMC en la investigación y resolución del expediente S/DC/0628/18, afectando al derecho de ECOIMSA y GTMA a la presunción de inocencia y a su derecho a un juicio con todas las garantías. En efecto, esta Sala coincide con la DC en que la interpretación que ECOIMSA y GTMA hacen de la nota de prensa es una interpretación totalmente sesgada. La frase controvertida puesta de manifiesto se corresponde con un título secundario de la nota de prensa, que, por su propia naturaleza de título, debe ser especialmente sintética lo que reduce las posibilidades de matización en la misma frase.

Con este título lo que indica la nota de prensa es que la CNMC se va ajustar al criterio de la Audiencia Nacional de que no se había acreditado en la resolución una infracción única y continuada, añadiendo a continuación que el nuevo expediente investigará

“posibles prácticas restrictivas de la competencia derivadas de (i) acuerdos y prácticas concertadas tendentes a repartos de clientes públicos y privados, y de actividades y a la fijación de condiciones comerciales, así como de (ii) decisiones o recomendaciones colectivas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia”.

Además, la propia nota de prensa señala que *“la incoación de este expediente no prejuzga el resultado final de la investigación. Se abre ahora un periodo máximo de 18 meses para la instrucción del expediente y para su resolución por la CNMC”.* Y, por último, en el pie de página de la nota de prensa consta que se trata de un *“documento no oficial, destinado a los medios de comunicación y que no vincula a la CNMC”.*

Por lo tanto, a la vista del contenido íntegro de la nota de prensa, esta Sala estima que, más allá del tenor literal del título secundario transcrito por las recurrentes, ni del acuerdo de incoación ni de la propia nota de prensa se puede extraer que la DC considere que las empresas incoadas son, desde el momento de la incoación, responsables de la infracción que se investiga. Al contrario, será en el marco del expediente S/DC/0628/18 donde se delimiten las conductas que puedan ser constitutivas de infracción, se determine la calificación jurídica de las mismas y, en su caso, se concrete la posible responsabilidad de ECOIMSA y GTMA respecto a dichas conductas. Todo ello, previo cumplimiento de los trámites previstos en el procedimiento sancionador regulado en la LDC que garantiza la salvaguarda de los derechos de defensa y de la presunción de inocencia de las recurrentes.

De hecho, como afirma la DC en el informe sobre el recurso elevado a esta Sala, es el propio acuerdo de incoación, al iniciar formalmente la tramitación del expediente S/DC/0628/18, el que garantiza a ECOIMSA y GTMA la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En particular, este acuerdo les permite acceder al expediente, conforme a lo previsto en el artículo 31 del RDC. Asimismo, este acuerdo puede conducir a la emisión del pliego de concreción de hechos (previsto en el artículo 50.3 de la LDC) y de la propuesta de resolución (prevista en el artículo 50.4 de la LDC), frente a los cuales ECOIMSA y GTMA podrán alegar lo que estimen oportuno para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

En definitiva, de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, no resulta posible apreciar que el acuerdo recurrido emitido por la DC pueda causar indefensión a ECOIMSA y GTMA.

II.- Ausencia de perjuicio irreparable

Una vez descartado que el acuerdo de incoación recurrido haya producido indefensión a las recurrentes, procede analizar si dicho acuerdo de incoación es susceptible de causarles un perjuicio irreparable, de acuerdo con la definición del mismo dada por el Tribunal Constitucional, que entiende por perjuicio irreparable *“aquél que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (entre otros muchos, Autos del TC 79/2009, de 9 de marzo, y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

En su escrito de recurso ECOIMSA y GTMA alegan que el acuerdo recurrido les produce un perjuicio irreparable, por cuanto vulnera los principios de cosa juzgada y *non bis in idem*.

A este respecto, en primer lugar, cabe poner de manifiesto que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la cosa juzgada y el *bis in idem* son en realidad dos vertientes del mismo principio. Así, el Tribunal Constitucional afirma que la prohibición del *bis in idem* tiene una doble vertiente: (i) la material, que impide que un mismo sujeto sea sancionado dos veces por los mismos hechos y con el mismo fundamento; y (ii) la procesal, que prohíbe dos procedimientos penales en los que concorra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento:

*“Este Tribunal ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La **material o sustantiva** impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La **procesal o formal** proscribire, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Igualmente, se ha destacado que este Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo, de modo tal que **se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial**, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer «de los hechos que dieron lugar al proceso» en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero, F. 5).”¹ [Énfasis añadido]*

¹ STC 91/2008, de 21 de julio.

En definitiva, como recogen las propias recurrentes, la prohibición del *bis in idem* garantiza que, en el caso de que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento, y el primer proceso haya terminado con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, no se podrá proceder a un nuevo enjuiciamiento penal.

Esta doctrina relativa a la prohibición del *bis in idem* en el orden jurisdiccional penal puede resultar aplicable a determinados procedimientos administrativos sancionadores, como ha reconocido la jurisprudencia europea²; sin que este reconocimiento obste para que, en todo caso, las garantías que operan en el orden penal deben ser adaptadas a las peculiaridades de los procedimientos administrativos sancionadores:

*“Como tiene declarado este Tribunal, las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución»; de modo que **la traslación de las garantías del proceso justo al procedimiento sancionador no conlleva su aplicación literal «sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional»** (STC 18/1981, de 8 de junio, F. 2; reiterado entre otras en STC 14/1999, de 22 de febrero, F. 3), **y se condiciona a que se trate de garantías que «resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador»** (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, F. 7; 14/1999, de 22 de febrero, F. 3).”³ [Énfasis añadido]*

Por lo tanto, a la hora de determinar el alcance de la prohibición penal del *bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador es necesario tener en cuenta que, a diferencia del orden penal, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es esencialmente un orden judicial de revisión que no puede sustituir la actuación administrativa [artículo 71.2 LJCA; asimismo, recientes SSTs, de 19 de febrero de 2018 (recurso de casación núm. 3082/2015) y de 10 de abril de 2018 (recurso de casación núm. 3568/2015)]. Por el contrario, la jurisdicción penal, en ejercicio pleno, ejercerá en instancia o sustituirá vía recurso la calificación de los hechos, a criterio judicial (sin perjuicio de la sujeción al principio acusatorio).

Dada esta diferencia esencial entre ambos órdenes jurisdiccionales, esta Sala entiende que es necesario que en los casos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa revise una actuación administrativa sin sustituir el criterio de la administración, ésta pueda reiniciar o reanudar dicha actuación, salvo que concurra algún factor impeditivo como la declaración judicial de la prescripción de la potestad en el caso concreto o la inexistencia del hecho causante.

Además, en este caso hay que tener en cuenta las diferencias entre el orden jurisdiccional penal y el contencioso-administrativo para que la aplicación del principio

² Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013, en el asunto C-501/11P, *Schindler Holding Ltd et al. c. Comisión*, apartado 33; sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 2011 (recurso nº 43509/08), en el asunto *A. Menarini Diagnostics c. Italia*.

³ STC 2/2003 de 16 de enero.

non bis in idem en su vertiente procesal no haga imposible la protección del bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia, encomendada a esta Comisión.

En todo caso, esta Sala considera que, en este caso, no concurren los requisitos exigidos en el orden penal para apreciar ninguna de las dos vertientes de la prohibición del *bis in idem*.

En primer lugar, la anulación de la primera resolución por la sentencia de la Audiencia Nacional hace inviable, a juicio de esta Sala, hablar de ***bis in idem* en sentido material** dado que, anulada la primera decisión, no podrá darse (aun en el caso de que el procedimiento S/DC/0628/18 finalizara con una resolución sancionadora) una doble sanción (no podrá producirse un *bis in idem*).

En segundo lugar, para apreciar la **vertiente procesal de la prohibición del *bis in idem*** es necesario analizar si existe la triple identidad entre sujetos, hechos y fundamento, entre la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017 y el nuevo procedimiento sancionador incoado.

Para llevar a cabo este análisis, y valorar correctamente la concurrencia de esa triple identidad, sería necesario poder determinar si los sujetos a los que eventualmente se les impute cada una de las infracciones que pudieran resultar acreditadas en este procedimiento son los mismos; así como si la dimensión territorial y temporal de dichas hipotéticas infracciones son las mismas que las analizadas en el procedimiento S/0429/12.

ECOIMSA y GTMA afirman que la mera lectura del acuerdo de incoación confirma la concurrencia de la triple identidad en este caso, porque la incoación (i) se ha dirigido a los mismos sujetos sancionados en el procedimiento S/0429/12, (ii) con base en una eventual infracción de los artículos 1 LDC y 1 LDC 1989, y (iii) examinando las mismas prácticas anticompetitivas.

Sin embargo, en el estado actual de tramitación del procedimiento S/DC/0628/18, no es posible alcanzar esta conclusión, dado que todavía no se ha concretado la existencia de ninguna infracción ni, por supuesto, se ha determinado la autoría de la misma. En el momento actual solo se ha incoado un procedimiento sancionador respecto del cual la DC afirma que se va a investigar la posible existencia de múltiples acuerdos o conductas concertadas anticompetitivas, que individualmente podrían ser contrarios al artículo 1 LDC y al artículo 1 LDC 1989.

Es decir, la DC ha observado indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por los artículos 1 LDC y 1 LDC 1989, lo que, de acuerdo con el artículo 49.1 LDC, le ha llevado a iniciar un procedimiento sancionador en cuya tramitación se determinará si dichos indicios se corresponden con la existencia real de alguna infracción y, en ese caso, quiénes serían los autores y cuáles serían los actos que ejecutados en un territorio concreto y con una duración determinada, delimitarían los hechos constitutivos de infracción.

Finalmente, como indican las recurrentes, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que la **cosa juzgada material** impide un nuevo pronunciamiento judicial sobre el fondo conocido en una resolución firme. Sin embargo,

para determinar el alcance de la cosa juzgada debe tenerse en cuenta no solo el fallo de la resolución, sino también las premisas fácticas y jurídicas que conducen al mismo:

*“Por otra parte, para perfilar desde la óptica del art. 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial «resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión», pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, F. 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, **la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen ratio decidendi de la resolución, aunque no se trasladen al fallo** (STC 15/2006, de 16 de enero, F. 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan relevantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, F.5).”⁴ [Énfasis añadido]*

En consecuencia, el fallo de la SAN de 28 de diciembre de 2017, que estima el recurso de ECOIMSA y GTMA, debe ser interpretado conforme a los fundamentos jurídicos de la propia sentencia, que se limitan a analizar el carácter único y continuado de la infracción por la que la recurrente había sido sancionada.

En este sentido, el fundamento jurídico sexto de la mencionada sentencia expresamente señala lo siguiente:

“No obstante, no se discute aquí si la conducta de la recurrente en el referido mercado- gestión de residuos industriales, pudiera ser reprochable desde el punto de vista de las normas de competencia, sino si dicha conducta tiene encaje o no en la infracción única y continuada que le imputa la CNMC y que le ha llevado a sancionarla”.

Por lo tanto, la cosa juzgada material solo alcanza a la declaración de responsabilidad de las recurrentes por la comisión de una infracción única y continuada, y no al análisis de si su conducta puede ser constitutiva de una infracción del derecho de la competencia.

En consecuencia, esta Sala considera que el alcance de la cosa juzgada no puede extenderse a una hipotética valoración de que los hechos que fueron objeto del procedimiento S/0429/12 no sean constitutivos de una infracción del artículo 1 LDC y 1 LDC 1989, dado que la SAN de 28 de diciembre de 2017 es clara al acotar su valoración al carácter único y continuado de la infracción imputada.

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que el acuerdo de la DC recurrido haya podido causar un perjuicio irreparable a ECOIMSA y GTMA, en relación a una posible vulneración de los principios de cosa juzgada y *non bis in ídem* ni, por lo tanto, al derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes.

⁴ STC 62/2012, de 29 de marzo.

Por todo lo expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ECOLÓGICA IBÉRICA Y MEDITERRÁNEA, S.A. y GRUPO TRADEBE MEDIO AMBIENTE, S.L., contra el acuerdo de la DC de 18 de abril de 2018, de incoación de expediente sancionador por posibles prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y 1 LDC 1989.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.